



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2021

Heimliche Verurteilungen: Empirische Erkenntnisse und konventionsrechtliche Bedenken zur fiktiven Zustellung von Strafbefehlen

Mattmann, Jascha ; Eschle, David ; Rader, Franziska ; Walser, Simone ; Thommen, Marc

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-206602>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Mattmann, Jascha; Eschle, David; Rader, Franziska; Walser, Simone; Thommen, Marc (2021). Heimliche Verurteilungen: Empirische Erkenntnisse und konventionsrechtliche Bedenken zur fiktiven Zustellung von Strafbefehlen. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht:253-278.

Abhandlungen



Jascha Mattmann



David Eschle



Franziska Rader



Simone Walser



Marc Thommen,¹ Zürich

Heimliche Verurteilungen

Empirische Erkenntnisse und konventionsrechtliche Bedenken zur fiktiven Zustellung von Strafbefehlen

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. Sieben Thesen

III. Empirische Untersuchung

1. Daten
2. Begriffe
3. Zustellfiktionen
4. Zahlen und Fakten
 - a) Zustellungsarten
 - b) Abholscheinfiktion
 - c) Einsprachequote

IV. Fiktive Zustellung im Licht der EMRK

1. Rechtsprechung zu Strafbefehlsverfahren
 - a) EMRK-Konformität von Strafbefehlsverfahren
 - b) EMRK-Konformität der fiktiven Zustellung
2. Rechtsprechung zu In-absentia-Verfahren
 - a) Analogie
 - b) Bringschuld
 - c) Verzicht

- d) Neubeurteilung
- 3. EMRK-Konformität der Zustellpraxis im Allgemeinen
 - a) Bringschuld
 - b) Verzicht
 - c) Fristwiederherstellung
 - d) Neubeurteilung
- 4. EMRK-Konformität der Zustellfiktionen im Einzelnen
 - a) Ersatzzustellung (Art. 85 Abs. 3 StPO)
 - b) Abholscheinfiktion (Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO)

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 254 | ↑

- c) Annahmeverweigerungsfiktion (Art. 85 Abs. 4 lit. b StPO)
- d) Publikations- und Dossierfiktion (Art. 88 Abs. 1 und 4 StPO)
- e) Zustellung an die Staatsanwaltschaft

V. Fazit zur EMRK-Konformität der Zustellfiktionen

VI. Verbesserungsvorschläge

VII. Schlussbetrachtung

I. Einleitung

Die Schweiz hat sich im Gegensatz zu etwa Österreich und Deutschland entschieden, ihre Bagatelldelinquenz nicht durch Diversion und Einstellung unter Auflagen,² sondern vorwiegend mittels Verurteilungen in den Griff zu bekommen. Das ist die härteste mögliche Gangart. Entsprechend hoch sind die Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens. Das Strafbefehlsverfahren ist nur verfassungs- und konventionskonform, weil der Beschuldigte durch blosser Einsprache eine gerichtliche Überprüfung verlangen kann. Der Verzicht auf eine Einsprache ist insoweit ein Verzicht auf zentrale Verfahrensrechte.³

In der Schweiz werden ca. 92 % der Verurteilungen für Verbrechen und Vergehen via Strafbefehl ausgefällt.⁴ Nur gerade 1,6 % davon händigt die Staatsanwaltschaft der beschuldigten Person persönlich aus.⁵ Es ist nicht erforderlich, dass der Beschuldigte den Strafbefehl tatsächlich erhält, damit dieser als zugestellt gilt. Unter gewissen Voraussetzungen kann die Zustellung fingiert werden, und es ist, in den Worten des Bundesrats, *«möglich, dass die beschuldigte Person den Vollzug einer im Strafbefehl ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten antreten muss, ohne dass sie den Strafbefehl je gesehen hat oder nicht einmal hätte zur Kenntnis nehmen können»*.⁶ Solche nicht kommunizierten Verurteilungen sind nicht nur bei der «Dossierfiktion» (Art. 88 Abs. 4 StPO), sondern bei allen Arten der fiktiven Zustellung denkbar.

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 255 | ↑

Eine Verurteilung ist ein kommunikativer Akt. Der Angeklagte soll dabei (öffentlich) für seine Taten zur Verantwortung gezogen werden.⁷ Eine *heimliche* Verurteilung kann diese Funktion nicht erfüllen. Ohne Mitteilung des Urteils wird aus dem Beschuldigten kein Verurteilter. Einer Verurteilung auf dem blossen *Korrespondenzweg* fehlt die kommunikative Interaktion. Sie muss deshalb die absolute Ausnahme bleiben. Trotz ihrer Bedeutung findet die Zustellung in der Wissenschaft wenig Beachtung.⁸

In diesem Beitrag werden zunächst sieben Thesen zur fiktiven Zustellung von Strafbefehlen aufgestellt (II.). Anschliessend wird in einem empirischen Teil die Praxis der fiktiven Zustellung erläutert (III.). Sodann wird gefragt, ob sich die fiktive Zustellung, wie sie in der Schweiz geregelt ist und praktiziert wird, mit der Rechtsprechung des EGMR zu Strafbefehls- und In-absentia-Verfahren vereinbaren lässt (IV.). Zum Schluss wird aufgezeigt, wie die Zustellung *de lege ferenda* konventionskonform gestaltet werden kann (VI.).

II. Sieben Thesen

1. Bei der fiktiven Zustellung kann nicht gültig auf eine Einsprache *verzichtet* werden. Die Kenntnisnahme des Strafbefehls ist weder sichergestellt noch bewiesen.
2. Im Strafbefehlsverfahren muss der Adressat regelmässig *nicht mit einer Zustellung rechnen*. Die Praxis zur Abholscheinfiktion ([Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO](#)) stellt daher eine systematische Verletzung von [Art. 6 EMRK](#) dar.
3. Die beschuldigte Person muss sich *nicht aktiv um Zustellungsmöglichkeiten* bemühen. Es gilt der Nemo-tenetur-Grundsatz. Die Zustellung ist deshalb eine Bringschuld der Strafbehörden.
4. Selbst wenn man von einer Empfangspflicht der Beschuldigten ausginge, ist es *unverhältnismässig* und damit EMRK-widrig, wenn deren fahrlässige Verletzung zu einem Verlust der Verfahrensrechte und möglicherweise einer Freiheitsstrafe führt.
5. Eine fiktive Zustellung ist de facto eine Verurteilung in Abwesenheit. Es gelten deshalb die vom EGMR entwickelten Mindestgarantien zu In-absentia-Verfahren.

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 256 | ↑

6. Nach ständiger Strassburger Rechtsprechung dürfen die Hürden für eine *Neubeurteilung bzw. Fristwiederherstellung* nicht hoch sein. Diesen Vorgaben wird in der Schweizer Strafbefehlspraxis nicht nachgekommen.
7. In einer Gesamtbetrachtung stellt die Schweizer Praxis zur fiktiven Zustellung von Strafbefehlen eine *systematische Verletzung des Zugangs zu einem Gericht nach Art. 6 Ziff 1 EMRK* dar.

III. Empirische Untersuchung

1. Daten

Die Daten wurden im Rahmen des SNF-Projekts «Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren»⁹ erhoben. Die Untersuchung ist auf Strafbefehle über Verbrechen und Vergehen eingeschränkt. Untersucht wurden ca. 3100 zufällig ausgewählte Strafbefehlsdossiers im Zeitraum 2014–2017 aus vier Kantonen: Bern, Neuenburg, St. Gallen und Zürich.

2. Begriffe

Der Strafbefehl ist nach Erlass *unverzüglich schriftlich zu eröffnen* ([Art. 353 Abs. 3 StPO](#)). Im optimalen Fall wird der Strafbefehl dem Beschuldigten von der Staatsanwältin persönlich eröffnet, ausgehändigt und erläutert.¹⁰

Erfolgt keine persönliche Aushändigung durch die Staatsanwältin, ist der Strafbefehl anders zuzustellen.

Die Zustellung hat grundsätzlich durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung, insbesondere durch die Polizei, zu erfolgen ([Art. 85 Abs. 2 StPO](#)). Dadurch wird die zehntägige Einsprachefrist ausgelöst. Ohne Einsprache wird der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil ([Art. 352 Abs. 1 und 3 StPO](#)). Der Beweis der Tatsache sowie des Zeitpunktes der Zustellung eines Strafbefehls obliegt der Staatsanwaltschaft.¹¹

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 257 | ↑

Die *tatsächliche* ist von der *fiktiven* Zustellung zu unterscheiden:¹² Um eine tatsächliche Zustellung handelt es sich, wenn der Strafbefehl der jeweiligen Adressatin persönlich und gegen Unterschrift ausgehändigt wird, sei es durch die Post per Einschreiben bzw. Gerichtsurkunde,¹³ die Polizei oder die Staatsanwaltschaft.¹⁴ Die tatsächliche Zustellung ist erfolgt, sobald der Strafbefehl der Adressatin persönlich überreicht und die Empfangsbestätigung von dieser unterschrieben wurde.¹⁵

Eine fiktive Zustellung liegt *e contrario* vor, wenn der Strafbefehl nicht tatsächlich zugestellt wurde, mithin nicht dem Adressaten persönlich ausgehändigt wurde. Unter einer Zustellfiktion versteht man demnach die rechtliche Vermutung, dass der Adressat die Sendung erhalten hat, obwohl sie diesem nicht persönlich überreicht wurde. Aus einem bestimmten Vorgang wird fingiert, dass die Sendung zum Adressaten gelangt ist.¹⁶

3. Zustellfiktionen

Sechs Arten der fiktiven Zustellung von Strafbefehlen können unterschieden werden. In den ersten drei ist der Aufenthalt der beschuldigten Person bekannt. Die letzten drei betreffen Adressaten mit Wohnsitz im Ausland oder unbekanntem Aufenthalt.

1. *Ersatzzustellung* ([Art. 85 Abs. 3 StPO](#)): Die Zustellung gilt als erfolgt, wenn die Sendung von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden Person entgegengenommen wurde. Da die Ersatzzustellung bei der Datenerhebung nicht separat erfasst wurde, muss sie zur tatsächlichen Zustellung gezählt werden, was das Bild zu deren Gunsten leicht verfälschen dürfte.
2. *Abholscheinfiktion* ([Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO](#)): Die Zustellung gilt als erfolgt am siebten Tag nach dem Versuch, eine eingeschriebene Postsendung zuzustellen, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste.
3. *Annahmeverweigerungsfiktion* ([Art. 85 Abs. 4 lit. b StPO](#)): Die Zustellung wird fingiert, wenn die Adressatin sich weigert, die Sendung entgegenzunehmen.

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 258 | ↑

4. *Publikationsfiktion* ([Art. 88 Abs. 1 StPO](#)): Die Zustellung kann durch Veröffentlichung im Amtsblatt fingiert werden, wenn a) der Aufenthaltsort der Adressatin unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, b) eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre oder c) die Adressatin mit Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort im Ausland kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat.
5. *Dossierfiktion* ([Art. 88 Abs. 4 StPO](#)): Strafbefehle gelten nach den Voraussetzungen der Publikationsfiktion auch ohne Veröffentlichung im Amtsblatt als zugestellt. Es steht der Staatsanwaltschaft frei, ob sie den Strafbefehl veröffentlicht oder die Zustellung direkt fingiert, indem sie ihn einfach «in das Dossier schiebt»¹⁷. Da aus den Akten nicht immer ersichtlich war, ob der

Strafbefehl veröffentlicht wurde oder nicht, wurden die Dossier- und die Publikationsfiktion im SNF-Projekt zusammen erfasst.

6. *Zustellung an die Staatsanwaltschaft*: Dies ist gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen und wurde soweit ersichtlich in der Lehre noch nie diskutiert. Sofern kein Staatsvertrag die direkte Zustellung ermöglicht, haben Parteien mit Wohnsitz im Ausland in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen ([Art. 87 Abs. 2 StPO](#)). In gewissen Kantonen wird die Zustellung fingiert, indem der Beschuldigte die Staatsanwaltschaft mittels vorformulierter Antwort in einer Einvernahme als Zustellungsdomizil bezeichnet und Strafbefehle (fristauslösend) dorthin zugestellt werden.¹⁸

4. Zahlen und Fakten

Nachfolgend werden Zahlen zur fiktiven Zustellung aus unserem Nationalfondsprojekt vorgestellt. Dabei wird zunächst erläutert, welche Zustellungsarten in der Praxis im Vordergrund stehen (a). Sodann wird auf die häufigste Zustellfiktion eingegangen (b). Abschliessend werden die Zustellfiktionen zu den Einsprachen (c) in Verbindung gesetzt.

a) Zustellungsarten

Ebenso wie das Gericht seine Urteile im ordentlichen Strafverfahren in aller Regel mündlich eröffnet ([Art. 84 Abs. 1 StPO](#)), sollte auch die Staatsanwaltschaft

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 259 | ↑

ihre Strafbefehle wenn immer möglich persönlich eröffnen, übergeben und erläutern.¹⁹ Gemäss unseren Erhebungen wurden nur 1,6 % aller Strafbefehle von der Staatsanwaltschaft persönlich ausgehändigt. In 98,4 % der Fälle wurden die Strafbefehle anders zugestellt.

Tatsächlich zugestellt wurden 90 % der untersuchten Strafbefehle. Am häufigsten ist mit 77 % die Zustellung per eingeschriebener Postsendung durch die Postbotin oder Abholung beim Postschalter. *Fiktiv* zugestellt wurden 10 % der Strafbefehle. 6 % per Abholscheinfiktion, 3 % per Zustellung an die Staatsanwaltschaft und 1 % via Publikations- oder Dossierfiktion.

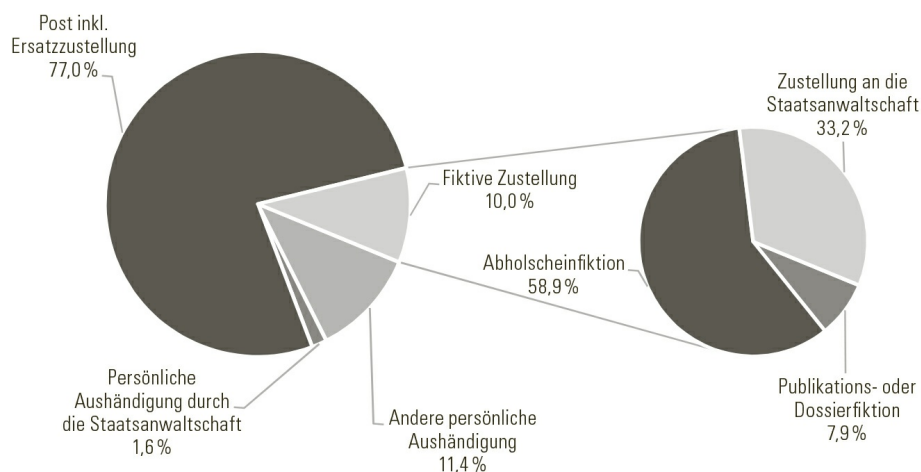


Abbildung: Häufigkeit der Zustellungsarten insgesamt und der Zustellfiktionen im Einzelnen (in Prozent, n = 3096)

Es bestehen erhebliche Unterschiede zwischen den Kantonen. Während die fiktive Zustellung im Kanton Neuenburg nur 0,8 % und im Kanton Zürich 1,6 % der Fälle ausmacht, greift sie im Kanton Bern bei 16 % und im Kanton St. Gallen bei 26 % aller Strafbefehle.²⁰

b) Abholscheinfiktion

Die Abholscheinfiktion, welche die Mehrheit der fiktiven Zustellungen ausmacht, ist gemäss [Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO](#) nur zulässig, wenn der Beschuldigte mit einer Zustellung rechnen musste. Dies verlangt auch der EGMR.²¹ Ist das nicht der

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 260 | ↑

Fall, gilt der Strafbefehl nicht als zugestellt.²² Auch bei den anderen Zustellfiktionen kann diese Frage entscheidend sein.²³

Eine Adressatin muss nach der Rechtsprechung primär dann mit der Zustellung rechnen, wenn sie vor Erlass des Strafbefehls *einvernommen* wurde.²⁴ Eine polizeiliche Befragung vor Ort oder das blosses Erstellen eines Polizeiberichts genügt nicht.²⁵ Wenn keine (polizeiliche oder staatsanwaltliche) Einvernahme stattgefunden hat, muss der Beschuldigte grundsätzlich nicht mit einer Zustellung rechnen.²⁶ Bei knapp einem Drittel der fingiert zugestellten Strafbefehle wurde zuvor gar keine Einvernahme durchgeführt. Bei der Abholscheinfiktion fanden in vier von zehn Fällen zuvor keine Einvernahmen statt. Diese Praxis verstösst gegen [Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO](#).

Falls eine Einvernahme stattgefunden hat, heisst dies noch nicht zwingend, dass der Adressat mit einem Strafbefehl rechnen muss. Mindestvoraussetzung muss hier erstens sein, dass der Betroffene als Beschuldigter (und nicht bloss als Auskunftsperson) einvernommen wurde und die Staatsanwaltschaft der beschuldigten Person dabei zweitens ausdrücklich und verständlich einen Strafbefehl in Aussicht gestellt hat. In der Praxis erfolgt der Hinweis im Rahmen einer Einvernahme oder bloss mit einem Formular.²⁷

Die Zustellfiktion *kann zeitlich nicht unbeschränkt* zur Anwendung gelangen. In den praktisch häufigsten Fällen, in denen nach dem Kenntnisstand des Beschuldigten eine polizeiliche Einvernahme die einzige Verfahrenshandlung war, ist gemäss neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Dauer von höchstens rund einem halben Jahr gerechtfertigt.²⁸ In jedem Fall darf die Dauer ein Jahr nicht übersteigen.²⁹ In der Lehre und in der kantonalen Rechtsprechung wird allgemein eine maximale Dauer von sechs Monaten gefordert.³⁰

Zwischen der letzten Einvernahme und dem Strafbefehlserlass verging bei 12 % der fiktiv zugestellten Strafbefehle mehr als ein halbes Jahr, bei 3 % gar mehr als ein Jahr. Spätestens in diesen Fällen muss die beschuldigte Person gemäss Bun-

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 261 | ↑

desgericht nicht mehr mit einer Zustellung rechnen, womit diese Postsendungen rechtlich unbeachtlich sind.³¹

c) Einsprachequote

Von den Beschuldigten, denen der Strafbefehl tatsächlich zugestellt wurde, erhoben 12,1 % Einsprache. Wurde die Zustellung fingiert, wurde nur in 2,4 % der Fälle Einsprache erhoben. Dazu zählen auch jene Verfahren, in denen die beschuldigte Person (offensichtlich) zu spät opponiert hatte und ihre Einsprache

später zurückzog oder der Strafbefehl zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Einsprache ans Gericht überwiesen wurde (vgl. [Art. 356 Abs. 2 StPO](#)). Nach einer fiktiven Zustellung wird mithin ca. *fünfmal seltener* Einsprache erhoben.

Aus der tiefen Einsprachequote im Strafbefehlsverfahren darf nicht geschlossen werden, dass die verurteilte Person den Strafbefehl akzeptiert.³² Die fünfmal tiefere Einsprachequote nach fiktiver Zustellung legt nahe, dass viele Adressaten keine Einsprache erheben, weil sie gar nicht oder erst zu spät vom Strafbefehl erfahren haben. Dass Strafbefehle zur Kenntnis genommen werden, wie es die Zustellfiktion unterstellt, entspricht also häufig nicht der Realität.

IV. Fiktive Zustellung im Licht der EMRK

1. Rechtsprechung zu Strafbefehlsverfahren

a) EMRK-Konformität von Strafbefehlsverfahren

Strafbefehlsverfahren stehen primär im Konflikt mit dem *Recht auf Beurteilung in einem öffentlichen Verfahren durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht* ([Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#)).³³ Der EGMR hat Strafbefehlsverfahren für zulässig erklärt, unter der Voraussetzung, dass die betroffene Person anschliessend eine umfassende gerichtliche Überprüfung erreichen kann.³⁴

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 262 | ↑

b) EMRK-Konformität der fiktiven Zustellung

Das Recht auf Zugang zu einem Gericht beinhaltet den *Anspruch auf angemessene Zustellung*, insbesondere, wenn diese fristauslösend ist.³⁵ [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) sieht keine bestimmte Form der Zustellung vor. Der EGMR entscheidet lediglich, ob einer Person der Zugang zu einem Gericht unter den gesamten Umständen im Einzelfall verweigert wurde.³⁶

Der Strassburger Gerichtshof äussert sich in Bezug auf das Strafbefehlsverfahren nur zur *Abholscheinfiktion*. Obwohl die fiktive Zustellung von Strafbefehlen die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung infrage stellt, hält der Strassburger Gerichtshof zumindest diese Zustellfiktion nicht für per se inkompatibel mit der Konvention. Der Gerichtshof begründet dies – wie das Bundesgericht –³⁷ damit, dass dem Beschuldigten die *Pflicht* obliege, dafür zu sorgen, dass er seine Post empfangen kann, *falls er mit einer Zustellung rechnen muss*.³⁸ Die Konventionsmässigkeit ist jedoch in mehrfacher Hinsicht zu relativieren:

Erstens beziehen sich die genannten Entscheide lediglich auf *Bussen bzw. Geldstrafen im Bagatellbereich und nicht auf Freiheitsstrafen*.³⁹ [Art. 5 Abs. 1 EMRK](#) bestimmt, dass die Freiheit nur nach Verurteilung durch ein zuständiges *Gericht* entzogen werden darf. Ob die Ausfällung von Freiheitsstrafen in Strafbefehlen – entgegen den Empfehlungen des Europarates –⁴⁰ vom Gerichtshof akzeptiert würde, hat dieser soweit ersichtlich noch nicht entschieden.⁴¹

Zweitens steht die EMRK-Konformität unter dem Vorbehalt, dass die betroffene Person problemlos eine *Neubeurteilung* erhalten kann, wenn sie unverschuldet die Einsprachefrist verpasst hat.⁴²

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 263 | ↑

Drittens kann von der Zulässigkeit der Abholscheinfiktion nicht ohne Weiteres auf die Zulässigkeit der *anderen Fiktionen*, die teilweise einen schwereren Eingriff in die Rechte des Adressaten darstellen, geschlossen werden.

2. Rechtsprechung zu In-absentia-Verfahren

a) Analogie

Die Rechtsprechung des EGMR zu Strafbefehlsverfahren ist spärlich⁴³ und lässt viele Fragen unbeantwortet. Mögliche Antworten können in der *reichhaltigeren Rechtsprechung* zu Verfahren in Abwesenheit (*in absentia*) des Beschuldigten gefunden werden. Der Strassburger Gerichtshof hat die Ähnlichkeit der beiden Verfahren erkannt und begründet insbesondere ihre Rechtsstaatlichkeit auf dieselbe Art: mit der Möglichkeit einer anschliessenden gerichtlichen Überprüfung.⁴⁴

Eine Strafbefehlsadressatin, die vom Strafbefehl nicht erfahren und die Einsprache unterlassen hat und so rechtskräftig verurteilt wird, ist in einer *ähnlichen Situation* wie eine angeklagte Person, die in Abwesenheit nach [Art. 366 ff. StPO](#) verurteilt wird.⁴⁵ In beiden Fällen wird eine Person verurteilt, ohne dass sie von der Verurteilung überhaupt erfährt. Ihre Verteidigungsrechte werden erheblich eingeschränkt. Fehlen Kenntnismöglichkeit und Einsprachemöglichkeiten, so handelt es sich beim Strafbefehl nicht länger um einen «*Urteilsvorschlag*»⁴⁶, sondern um ein *Urteil in Abwesenheit*.

In mindestens dreierlei Hinsicht ist die Situation bei Strafbefehlen akzentuiert.

Erstens übernimmt in Strafbefehlsverfahren die Staatsanwaltschaft faktisch die Funktion eines Gerichts – was mit Blick auf die Gerichtsgarantie von [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) problematisch ist. Bei den In-absentia-Verfahren wird der Beschuldigte immerhin von einem Gericht verurteilt.

Zweitens besteht ein heikles Justizkontrolldefizit: Während Abwesenheitsurteile in öffentlichen Gerichtsverhandlungen ergehen, werden Strafbefehlsadressaten im Büro verurteilt.

Drittens kann ein Abwesenheitsverfahren nur stattfinden, «wenn die beschuldigte Person im bisherigen Verfahren ausreichend Gelegenheit hatte, sich zu den ihr vorgeworfenen Straftaten zu äussern» ([Art. 366 Abs. 4 lit. a StPO](#)). Sie musste

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 264 | ↑

im bisherigen Verfahren ihre Verteidigungsrechte ausüben können und ihr muss das rechtliche Gehör in ausreichendem Masse gewährt worden sein.⁴⁷ Sie muss die Gelegenheit gehabt haben, sich vor der Staatsanwaltschaft zu äussern; polizeiliche Einvernahmen genügen nicht.⁴⁸ Im Kontrast dazu sind staatsanwaltliche Einvernahmen im Strafbefehlsverfahren selten.⁴⁹ Es ist vielmehr ein Wesensmerkmal des Strafbefehlsverfahrens, dass die beschuldigte Person sich erst mit der Einsprache das rechtliche Gehör verschafft.⁵⁰

Der per Strafbefehl Verurteilte befindet sich strafprozessual in einer mindestens dreifach ungünstigeren Situation als der in Abwesenheit Verurteilte. Es ist umso wichtiger, die tatsächliche Kenntnis des Strafbefehls und der Einsprachemöglichkeit sicherzustellen⁵¹ oder bei verpasster Einsprachefrist eine Neuurteilung zu erhalten. Die zu Abwesenheitsverfahren entwickelten Mindestgarantien gelten daher *a fortiori* für die fiktive Zustellung von Strafbefehlen.

b) Bringschuld

Das Dokument "Heimliche Verurteilungen" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 13.09.2021 auf der Website zstrr.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2021

Die staatlichen Behörden sind verpflichtet, den Beschuldigten innerhalb möglichst kurzer Frist in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung zu unterrichten (Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK). Schon der Konventionstext stellt somit klar, dass es sich bei dieser Aufklärung um eine *Bringschuld* der Strafbehörden handelt. Auch für den EGMR ist die Unterrichtung über die Beschuldigung von höchster Wichtigkeit. Eine bloss vage, mittelbare oder informelle Kenntnis des Beschuldigten, dass ein Verfahren in Gang gesetzt wurde, genügt nicht.⁵²

Bei unbekanntem Aufenthalt sind die Behörden verpflichtet, die Zustelladresse ausfindig zu machen. Dabei genügt es nicht, die Nachforschungen auf die letztbekannte Adresse zu beschränken, wenn die Behörden wissen, dass die Person an dieser Adresse nicht mehr erreichbar ist.⁵³ Die Kenntnis des Aufenthaltsor-

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 265 | ↑

tes durch eine Behörde kann einer anderen zugerechnet werden.⁵⁴ Adressen müssen somit im Wege der Amtshilfe eruiert werden.⁵⁵

c) Verzicht

Gemäss EGMR ist ein Verzicht (*waiver*) auf die Garantien von [Art. 6 EMRK](#) grundsätzlich möglich. Der Verzicht muss nicht ausdrücklich erklärt worden sein, sondern kann auch konkludent erfolgen.⁵⁶ Er muss aber *klar und unmissverständlich (unequivocal)* sein.⁵⁷

Ein Verzicht setzt voraus, dass die angeklagte Person über den gegen sie erhobenen Tatvorwurf unterrichtet worden ist (Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK).⁵⁸ Verzichten kann man zudem nur auf Rechte, die man kennt.⁵⁹

Nach der Rechtsprechung muss sichergestellt sein, dass ein Angeklagter tatsächlich Kenntnis vom Verfahren hat.⁶⁰ Die bloss Möglichkeit, dass ein Verzicht vorliegen könnte, genügt nicht.⁶¹ Diesbezüglich ist die anklagende Behörde *beweisbelastet*.⁶² Ein Verzicht kann etwa angenommen werden, wenn der Betroffene erklärt, dass er der Ladung nicht folgen werde.⁶³

d) Neubeurteilung

Auch wenn die angeklagte Person nicht auf ihr Teilnahmerecht an der Verhandlung verzichtet hat, lässt der EGMR In-absentia-Verfahren grundsätzlich zu, da Strafverfahren ansonsten gelähmt werden könnten.⁶⁴ Gemäss ständiger Rechtsprechung muss aber eine in Abwesenheit verurteilte Person, die nicht eindeutig auf ihr Teilnahmerecht verzichtet hat, in jedem Fall eine *Neubeurteilung (fresh determination)* durch ein Gericht nach [Art. 6 EMRK](#) erwirken können.⁶⁵ Dieser Grundsatz gilt ausdrücklich *auch für das Strafbefehlsverfahren*.⁶⁶

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 266 | ↑

Die abstrakte Möglichkeit einer Neubeurteilung reicht nicht. Das nationale Recht muss dem Beschuldigten mit *ausreichender Sicherheit* eine Neubeurteilung einräumen.⁶⁷ Die Möglichkeit eines neuen Verfahrens ist nicht gewährleistet, wenn die Einlegung des Rechtsmittels nur unter erheblichem Aufwand möglich ist, etwa weil es überhöhten Frist-, Form- oder Beweisanforderungen unterliegt.⁶⁸ Der Staat muss jedes rechtliche Hindernis beseitigen, das den Verurteilten daran hindert, eine Fristwiederherstellung oder eine neue Verhandlung zu erwirken.⁶⁹ Dem Verurteilten darf insbesondere nicht die *Beweislast* dafür auferlegt werden, dass er sich nicht der Justiz entziehen wollte oder dass seine Abwesenheit die Folge höherer

Gewalt war.⁷⁰

Wer eine verfahrensrechtliche Pflicht, wie etwa die Meldung eines Adresswechsels, verletzt, dem darf deswegen nicht die Neubeurteilung verweigert werden. Das wäre *offenkundig unverhältnismässig*.⁷¹

Eine Abwesenheitsverurteilung ohne Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung wird vom EGMR als *eklatante Rechtsverweigerung (flagrant denial of justice)* angesehen.⁷²

3. EMRK-Konformität der Zustellpraxis im Allgemeinen

In diesem Kapitel stellen wir die Frage, inwiefern die schweizerische Zustellpraxis im Allgemeinen mit der EMRK in Einklang steht. Das Recht auf Zugang zum Gericht ist *nicht absolut*. Einschränkungen sind zulässig, sofern sie ein berechtigtes Ziel verfolgen, verhältnismässig sind und den Zugang nicht derart beschränken, dass der Wesensgehalt des Rechts beeinträchtigt ist.⁷³ Die politisch wohl ausschlaggebendsten berechtigten Ziele sind *ökonomischer Natur*.⁷⁴ Aus rechtsstaatlicher Sicht berechtigt sind die Ziele, die auch bei *In-absentia-Verfahren* angeführt werden: Beschuldigte sollen den Verfahrensabschluss *nicht unterlaufen können*, indem sie sich der Kommunikation mit der Strafjustiz entziehen.⁷⁵

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 267 | ↑

Auch sollen Zustellfiktionen helfen, den Beschleunigungsgrundsatz ([Art. 5 StPO](#)) zu verwirklichen.⁷⁶ Das Argument versucht, den mit der Verfahrensraffung ermöglichten Ausbau staatlicher Strafverfolgung als im Interesse des Beschuldigten darzustellen. Die beschuldigte Person kann und muss aber selbst entscheiden, ob sie das schlankere Strafbefehlsverfahren in Anspruch nimmt. Die individualrechtliche Komponente des Beschleunigungsgrundsatzes kann nicht der Rechtfertigung von Verfahrensraffungen im kollektiven Interesse wie den Zustellfiktionen dienen.⁷⁷

Nachfolgend wird zuerst untersucht, ob die Strafbehörden ihrer Pflicht, Beschuldigungen zu kommunizieren, ausreichend nachkommen (a) und ob in der Schweizer Strafbefehlspraxis gültig auf Verfahrensrechte verzichtet wird (b). Liegt kein gültiger Verzicht vor, ist das Verfahren nur EMRK-konform, wenn entweder die Einsprachefrist ([Art. 94 StPO](#)) ohne Weiteres wiederhergestellt werden kann (c) oder in analoger Anwendung der Regeln über das Abwesenheitsurteil ([Art. 368 StPO](#)) eine Neubeurteilung verlangt werden kann (d).

a) Bringschuld

Es ist bereits fraglich, ob die Schweiz ihren positiven Leistungspflichten aus [Art. 6 EMRK](#) genügt. Wird konventionskonform über Anschuldigungen unterrichtet (Ziff. 3 lit. a) und der Strafbefehl in angemessener Weise zugestellt (Ziff. 1)? Vieles spricht dagegen. In bloss 1,6 % der Fälle wurde der Strafbefehl persönlich durch die Staatsanwältin *ausgehändigt*. Nur in diesen Fällen ist gesichert, dass der Beschuldigte über die Anschuldigung unterrichtet, über seine Rechte aufgeklärt und über seine Verurteilung informiert ist. In knapp 90 % der Fälle wurden Strafbefehle anderweitig tatsächlich zugestellt. Damit ist zwar abgesichert, dass der Strafbefehl den Beschuldigten erreicht hat, angesichts verbreiteter Übersetzungs- und Verständnisdefizite⁷⁸ aber nicht, dass dieser seine drohende Verurteilung und seine Rechte erfasst hat. Bei den rund 10 % reinen Fiktionen waren weder die Zustellung noch das Verständnis gesichert. Dieser Befund ist *«difficult to reconcile [...] with the diligence which the Contracting States must exercise in order to ensure that the rights guaranteed by Article 6 (art. 6) are enjoyed in an effective manner»*.⁷⁹

b) Verzicht

Das Dokument "Heimliche Verurteilungen" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 13.09.2021 auf der Website zstrr.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2021

len des Betroffenen abhängt, ob er diesen akzeptieren oder mit Einsprache vom Recht auf gerichtliche Überprüfung Gebrauch machen will».⁸⁰

Die EMRK-Konformität von Strafbefehlsverfahren wird mit anderen Worten damit begründet, dass ein konkludenter Verzicht auf die Verfahrensgarantien von [Art. 6 EMRK](#) unterstellt wird, wenn die Einsprachefrist ungenutzt abgelaufen ist:⁸¹ «Verzichtet der Beschuldigte auf eine Einsprache, so hat dies zur Folge, dass er grundsätzlich auch auf die sich aus [Art. 6 EMRK](#) ergebenden Rechte verzichtet.»⁸²

Die Verzichtsentscheidung der Adressatin ist im Strafbefehlsverfahren somit «Dreh- und Angelpunkt einer gültigen Verurteilung».⁸³ Ein gültiger Verzicht setzt als Minimalbedingung die tatsächliche Kenntnis des Strafbefehls voraus. Diese ist bei der fiktiven Zustellung weder garantiert noch bewiesen.⁸⁴ Daher kann bei der fiktiven Zustellung (mit Ausnahme der Annahmeverweigerungsfiktion)⁸⁵ nicht von einem gültigen Verzicht auf die Einsprache und die entsprechenden Garantien ausgegangen werden.⁸⁶ Selbst dort, wo die Zustellung tatsächlich erfolgt ist, ist alles andere als gesichert, dass der Verzicht gültig ist. Neben der tatsächlichen Kenntnis des Strafbefehls muss der Adressat auch seine Rechte verstanden haben, um gültig auf den grund- und menschenrechtlich garantierten Rechtsschutz verzichten zu können.⁸⁷ Letzteres lässt sich nur mit einer persönlichen Aushändigung und Erläuterung verlässlich absichern.

c) Fristwiederherstellung

Fehlt ein gültiger Verzicht, ist das Verfahren nur EMRK-konform, wenn die Betroffenen problemlos eine Neuurteilung verlangen können.⁸⁸ Es stellt sich somit die Frage, ob die Schweiz einem per Strafbefehl Verurteilten, der aufgrund fingierter Zustellung die Einsprachefrist verpasst hat, mit ausreichender Sicherheit die Möglichkeit einer solchen nachträglichen Überprüfung garantiert. Zwei Konstellationen sind zu unterscheiden:

War die fiktive Zustellung *gesetzes- bzw. EMRK-widrig*, etwa weil die Adressatin nicht mit der Zustellung rechnen musste, handelt es sich um einen nicht rechtsgültig zugestellten Entscheid, der keine Rechtswirkung entfaltet und keine

Frist auslöst.⁸⁹ Weil die Frist nie zu laufen begann, kann sie auch *nicht wiederhergestellt* ([Art. 94 StPO](#)) werden.⁹⁰ Diesen Umstand müsste die Behörde von Amtes wegen beachten. Tut sie dies nicht, kann der Adressat fristbefreite *Einsprache* erheben.⁹¹

War die fiktive Zustellung rechtmässig, kommen bei verpasster Einsprachefrist die Regeln zur Fristwiederherstellung ([Art. 94 StPO](#)) zur Anwendung:⁹² Eine Partei, die eine Frist versäumt hat, kann innert 30 Tagen nach Wegfall des Säumnisgrundes die Wiederherstellung der Frist verlangen; dabei trägt sie die Beweislast, dass sie an der Säumnis kein Verschulden trifft.⁹³ Die Anforderungen sind hoch. Jedes noch so geringfügige Verschulden schliesst die Wiederherstellung aus. Es muss den Betroffenen unmöglich gewesen sein, die Frist zu wahren, z.B. aufgrund von Naturkatastrophen, Kriegseignissen, Unfällen mit schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen oder Inhaftierungen.⁹⁴ Diese Fristwiederherstellungspraxis bietet kein EMRK-konformes Sicherheitsnetz für unvorsichtige Adressaten. Ein Beschuldigter, der aufgrund einer Abholscheinfiktion eine Einsprachefrist verpasst, weil er z.B. im Urlaub war, wird mit seinem Gesuch

keinen Erfolg haben.⁹⁵

Selbst wenn man (entgegen *nemo tenetur*)⁹⁶ eine Pflicht des Beschuldigten bejahte, um Empfangsmöglichkeiten bemüht zu sein, darf deren fahrlässige Verletzung kein Verschulden begründen, das eine Neuurteilung ausschliesst. Der Verlust der Verfahrensrechte, allenfalls mit der Konsequenz, eine Freiheitsstrafe antreten zu müssen, wäre offenkundig unverhältnismässig.⁹⁷

Zusammenfassend sind die Anforderungen an die Fristwiederherstellung in der Schweiz so hoch, dass eine Neuurteilung nicht mit ausreichender Sicherheit garantiert ist. Dem Beschuldigten wird – entgegen der Strassburger Rechtsprechung –⁹⁸ die Beweislast dafür auferlegt, dass sein Fristversäumnis unverschuldet war. Die fiktive Zustellung führt de facto zu einer Abwesenheitsurteilung ohne Verzicht und ohne Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung. Darin liegt eine eklatante Rechtsverweigerung im Sinne der Strassburger Rechtsprechung, die den Wesensgehalt des Rechts auf Zugang zum Gericht verletzt.

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 270 | ↑

Aus diesem Dilemma führen zwei Auswege: Entweder die hier diskutierte Fristwiederherstellungspraxis nach [Art. 94 StPO](#) wird völkerrechtskonform ausgestaltet, oder die Regeln zu Abwesenheitsurteilen ([Art. 368 StPO](#)) werden analog herangezogen.

d) Neuurteilung

Die Anforderungen an eine Neuurteilung nach einem Abwesenheitsurteil im Sinne von [Art. 368 StPO](#) sind – abgesehen von der kürzeren Frist – deutlich tiefer als bei der Fristwiederherstellung:⁹⁹ Wird das Abwesenheitsurteil dem Verurteilten *tatsächlich* zugestellt, kann dieser innert zehn Tagen ab Kenntnismahme ohne Weiteres eine Neuurteilung beim selben Gericht verlangen. Dieses lehnt das Gesuch nur ab, wenn der Verurteilte der Verhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist, wobei hierfür *der Staat* die Beweislast trägt.¹⁰⁰

An das Verschulden wird ein strenger Massstab angelegt; ausgeschlossen werden sollen nur «klare Missbrauchsfälle».¹⁰¹ Der Gesetzgeber hat vor allem Fälle vor Augen, «in denen sich inhaftierte Beschuldigte weigern, zur Hauptverhandlung vorgeführt zu werden, oder in denen aus Äusserungen der beschuldigten Person bekannt ist, dass sie nicht gedenkt, der Vorladung Folge zu leisten».¹⁰² Der Beschuldigte muss *zweimal* die ordnungsgemässe Vorladung verpasst haben, damit überhaupt ein Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden kann ([Art. 366 Abs. 1 und 2 StPO](#)). Selbst dann ist das Fernbleiben z.B. bereits entschuldigt, wenn der Verurteilte den Termin vergessen hat¹⁰³ oder in einem Verkehrsstau steckte.¹⁰⁴

Die tiefen Voraussetzungen für eine Neuurteilung nach In-absentia-Verfahren wurden in der Schweiz eingeführt, um der Praxis des EGMR zu entsprechen.¹⁰⁵ Hier zeigt sich der zweite Weg aus dem Dilemma: Im Sinne einer *völkerrechtskonformen Auslegung* könnte [Art. 368 StPO](#) über dessen Wortlaut hinaus teleologisch auf Strafbefehlsverfahren extendiert werden. Der Nachteil dieser Lösung läge in der kürzeren Frist von zehn Tagen. Vorteilhaft wäre, dass die Neuurteilung nur bei klaren Missbrauchsfällen abgelehnt werden dürfte oder wenn der Täter unmissverständlich auf eine Zustellung oder Einsprache verzichtet hat. Dem Beschuldigten darf insbesondere nicht die Beweislast dafür auferlegt werden, dass er die Einsprachefrist unverschuldet versäumte bzw. sich nicht der Justiz entziehen

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 271 | ↑

wollte, indem er kein Zustellungsdomizil bezeichnete oder nicht ausreichend für den Empfang seiner Post sorgte.

4. EMRK-Konformität der Zustellfiktionen im Einzelnen

a) Ersatzzustellung (Art. 85 Abs. 3 StPO)

Bei der Ersatzzustellung an Hausgenossinnen bzw. Angestellte wird die Kenntnisnahme *von der Gewissenhaftigkeit einer Drittperson abhängig* gemacht. Bei Abwesenheitsverfahren reicht gemäss Rechtsprechung des EGMR und Lehre¹⁰⁶ die Ersatzzustellung nicht aus – weder an Familienmitglieder¹⁰⁷ noch an Angestellte¹⁰⁸. Bei Strafbefehlsverfahren ist die Rechtslage weniger klar. In einem Urteil wurde ein Strafbefehl mit einer Bagatelldstrafe¹⁰⁹ von der Ehefrau des Beschuldigten abgeholt, was der Strassburger Gerichtshof nicht beanstandete. Ein Verstoß wurde jedoch nur verneint, weil dem Beschuldigten die Möglichkeit einer Neuurteilung offenstand.¹¹⁰ Zumindest bei Strafbefehlen im *Bagatellbereich* scheint die Ersatzzustellung daher nicht per se konventionswidrig zu sein. Ein Verstoß könnte jedoch dann vorliegen, wenn die Hausgenossin den Strafbefehl nicht oder zu spät weiterleitet und dem Adressaten eine Neuurteilung verweigert wird. Die Ersatzzustellung kann – und sollte – einfach ausgeschlossen werden, indem die Zusatzdienstleistung der Post «eigenhändig» (RMP) gewählt wird. So wird die Sendung ausschliesslich dem Adressaten auf Vorlage eines Ausweises übergeben.¹¹¹

b) Abholscheinfiktion (Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO)

Die Abholscheinfiktion im Strafbefehlsverfahren ist zulässig, falls mit einer Zustellung *gerechnet* werden muss, ein *Bagatellfall vorliegt* und an eine *Neuurteilung* keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.¹¹² Da in der Schweiz Adressaten oft nicht mit einer Zustellung rechnen müssen, bei einer Maximalsanktion von sechs Monaten Freiheitsstrafe bei Weitem nicht nur Bagatelldstrafen im

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 272 | ↑

Raum stehen und die Anforderungen an eine Neuurteilung zu hoch sind, verstösst die Schweizer Praxis der Abholscheinfiktion im Strafbefehlsverfahren *regelmässig gegen Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO und Art. 6 EMRK*.

Hinzu kommt, dass Beschuldigten die mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz unvereinbare Pflicht auferlegt wird, dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akten zugestellt werden können. Die Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, so das Bundesgericht.¹¹³ Es übernimmt damit zu unkritisch Rechtsprechung aus dem Verwaltungs- und Zivilrecht. Der Beschuldigte hat im von *nemo tenetur* und dem Prinzip der Waffengleichheit dominierten Strafverfahren keine Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten,¹¹⁴ geschweige denn, das Verfahren durch aktives Verhalten zu fördern.¹¹⁵ Im Gegenteil hat er ein Recht auf Obstruktion.¹¹⁶ Daher trifft ihn auch keine Pflicht, aktiv um Zustellungsmöglichkeiten bemüht zu sein.

c) Annahmeverweigerungsfiktion (Art. 85 Abs. 4 lit. b StPO)

Die Annahmeverweigerungsfiktion ist sehr selten. Sofern eine Annahmeverweigerung restriktiv angenommen und im Zweifelsfall eine Zweitzustellung versucht wird,¹¹⁷ der Nachweis von offensichtlichem Rechtsmissbrauch erforderlich ist und die Beweislast bei der Behörde liegt,¹¹⁸ ist diese Fiktion EMRK-konform, da sie einer «*evasion of justice*» gleichkommt. Nicht ausreichend für die Annahme einer Verweigerung ist, wenn der Beschuldigte eine falsche Adresse oder kein Zustellungsdomizil in der Schweiz angibt.¹¹⁹

d) Publikations- und Dossierfiktion (Art. 88 Abs. 1 und 4 StPO)

Bei der Dossierfiktion ist eine Kenntnisnahme des Strafbefehls und damit ein gültiger Verzicht ausgeschlossen. Bei der Publikationsfiktion ist eine Kenntnisnahme durch den Adressaten höchst unwahrscheinlich. Wer liest schon die jährlich mehreren Tausend Seiten eines kantonalen Amtsblatts?¹²⁰ Hier wäre es abenteuerlich, einen klaren, unmissverständlichen Verzicht zu unterstellen.

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 273 | ↑

Ein Teil der Lehre¹²¹ und der kantonalen Rechtsprechung¹²² hält daher zumindest die *Dossierfiktion* für EMRK-widrig. Auch das Bundesgericht hat festgehalten, diese sei «problematisch», jedoch offengelassen, ob sie mit der EMRK vereinbar ist.¹²³ An die Publikationsfiktion scheint es weniger hohe Anforderungen zu stellen.¹²⁴ Immerhin hat es festgehalten, dass die Publikationsfiktion nach [Art. 88 Abs. 1 StPO](#) nicht zur Anwendung gelangen kann, solange eine rechtshilfweise Zustellung möglich ist.¹²⁵

Der Bundesrat schlug bei der Revision vor, [Art. 88 Abs. 4 StPO](#) zu streichen. Die Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmenden hat dies kritisiert. Insbesondere wurde vorgebracht, dass die unzustellbaren Strafbefehle – selbst bei einer Publikation im Amtsblatt – *trotzdem nicht zur Kenntnis genommen wurden*. Die Publikationspflicht generiere daher keinen Mehrwert für die verurteilte Person, sondern nur einen hohen finanziellen und personellen Mehraufwand.¹²⁶ Zutreffend ist wohl, dass eine Publikation de facto auch eine reine Fiktion ist, weil niemand das Amtsblatt liest. Es ist aber entlarvend, dass die fehlende Kenntnisnahme von einer Mehrheit als Argument *für die Dossierfiktion* und nicht als Argument *gegen beide Fiktionen* betrachtet wird.

Auch der EGMR hält es für unrealistisch zu erwarten, dass der Betroffene das Amtsblatt liest – selbst wenn in den Medien über das Verfahren berichtet wird.¹²⁷ Die Publikationsfiktion könne bedeuten, dass Betroffene nicht oder nur zufällig vom Verfahren erfahren, womit sie sich nicht verteidigen können und ein faires Verfahren nicht gewährleistet sei.¹²⁸ Die Veröffentlichung im Amtsblatt garantiert die tatsächliche Kenntnisnahme genauso wenig wie die Dossierfiktion. Eine angemessene Zustellung und ein gültiger Verzicht können bei beiden Fiktionen nicht angenommen werden, weshalb sie gegen Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a EMRK verstossen.¹²⁹

e) Zustellung an die Staatsanwaltschaft

In einem jüngst ergangenen Leiturteil erklärte es das Bundesgericht im Fall eines in Basel-Stadt verurteilten Brasilianers für bundes- und völkerrechtswidrig, Strafbefehle fristauslösend an die als Zustellungsdomizil bezeichnete Staatsanwalt-

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 274 | ↑

schaft zuzustellen.¹³⁰ Das Kantonsgericht St. Gallen hatte diese Praxis 2014 noch ausdrücklich als zulässig erachtet.¹³¹ Der Strafbefehl muss dem Beschuldigten in Fällen, in denen völkerrechtlich keine direkte Zustellung ins Ausland vereinbart wurde, grundsätzlich auf dem Rechtshilfeweg an seiner Wohnadresse im Ausland eröffnet werden, entschied das Bundesgericht.¹³²

Der Leitentscheid überzeugt. Der Beschuldigte wird in Fällen der Zustellung an die Staatsanwaltschaft – wenn überhaupt – nur per Orientierungskopie über den Strafbefehl benachrichtigt. Dies erfolgt per A-Post¹³³ oder Einschreiben¹³⁴, was den völkerrechtlichen Verpflichtungen zur rechtshilfweisen Zustellung nicht genügt.

Selbst wenn etwa bei einem Einschreiben bewiesen werden kann, dass der Adressat tatsächlich Kenntnis vom Strafbefehl erlangt hat, ist seine Einsprachefrist verkürzt bzw. abgelaufen,¹³⁵ wenn bereits die Zustellung an die Staatsanwaltschaft und nicht der Empfang der Orientierungskopie fristauslösend wäre.¹³⁶ Das Kantonsgericht St. Gallen war noch der Meinung, es handle sich bei der Zustellung an die Staatsanwaltschaft um eine «*Zusatzdienstleistung*» für den Betroffenen, da sonst einzig die Publikationsfiktion bleibe.¹³⁷ Das überzeugt nicht: Möglich – und gemäss Bundesgericht notwendig – ist die Zustellung per Rechtshilfe.¹³⁸ Falls der «*mühsame Rechtshilfeweg*»¹³⁹ zu beschwerlich erscheint, kann eine Sistierung des Verfahrens, evtl. mit Ausschreibung zur Zustellung, ins Auge gefasst werden.

Wie das Bundesgericht ausdrücklich festhält, kann vor der formgültigen Eröffnung des Strafbefehls nicht auf eine Einsprache verzichtet werden.¹⁴⁰ Weil die beschuldigte Person die Staatsanwaltschaft meist im Rahmen einer polizeilichen Einvernahme und stets vor Erlass des Strafbefehls als Zustellungsdomizil bezeichnet, kann noch kein gültiger Verzicht auf die Einsprache und die gerichtliche Beurteilung vorliegen. Die Zustellung an die Staatsanwaltschaft ist also keine

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 275 | ↑

«*Zusatzdienstleistung*», sondern eine Umgehung der Pflicht zur angemessenen Zustellung gemäss [Art. 6 EMRK](#), für die kein Raum bleibt.

V. Fazit zur EMRK-Konformität der Zustellfiktionen

Es wurde gezeigt, dass die fiktive Zustellung *de lege lata* mangels nachträglicher Neubeurteilungsmöglichkeit unverhältnismässig ist und die Essenz des Rechts auf Zugang zum Gericht verletzt. Doch selbst wenn die Möglichkeit einer konventionsmässigen Neubeurteilung garantiert wäre, stellt sich die Frage, ob die fiktive Zustellung generell verhältnismässig ist.

Es ist bereits zweifelhaft, ob fiktive Zustellungen *geeignet* sind, die Ziele des Strafverfahrens zu verwirklichen: In Bezug auf die Beweiserhebung (Wahrheitsfindung) bringt eine sofortige Verurteilung im Vergleich zu einer Sistierung keine Vorteile. Auch spezialpräventive Überlegungen sprechen gegen Zustellfiktionen. Es kann nur kommunikativ auf Beschuldigte eingewirkt werden, wenn sie Kenntnis vom Strafbefehl haben. Auch eine Probezeit ergibt nur Sinn, wenn der Beschuldigte davon weiss.¹⁴¹ Die Vollstreckung der Strafe ist ohnehin nur möglich, wenn der Verurteilte auffindbar bzw. kontaktierbar ist.¹⁴² Schliesslich läuft es den Zielen der Wirtschaftlichkeit und der Beschleunigung des Verfahrens zuwider, wenn ein Fehlurteil rückgängig gemacht werden muss – gerade, wenn noch Genugtuungsansprüche für rechtswidrigen Strafvollzug bezahlt werden müssen.¹⁴³ Das einzige strafrechtspolitische – aber wohl ausschlaggebende – Ziel, das sich mit fiktiven Zustellungen erreichen lässt, ist eine hohe Verurteilungsquote. Hier ist die Eignung zu bejahen, allerdings zu einem rechtsstaatlich zu hohen Preis.

Selbst mit dem verengten Blick einzig auf Verurteilungsquoten sind fiktive Zustellungen aber nicht erforderlich. Eine mildere Massnahme wäre die Sistierung des Verfahrens ([Art. 314 StPO](#)) allenfalls verbunden mit einer Ausschreibung zur Zustellung ([Art. 210 StPO](#)).¹⁴⁴ Auch der Vorentwurf zur StPO von 2001 sah bei unbekanntem Aufenthalt des Beschuldigten die Sistierung des Verfahrens vor ([Art. 412 Abs. 6 VE-StPO](#)).¹⁴⁵

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 276 | ↑

Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn eine Freiheitsstrafe auf dem Spiel steht. Deren Zulässigkeit im Strafbefehlsverfahren ist ohnehin fraglich.¹⁴⁶ Selbst bei der

Verletzung einer (angeblichen) Empfangspflicht ist eine Freiheitsstrafe *offenkundig unverhältnismässig*.¹⁴⁷ Hinzu kommt, dass eine Verurteilung ohne Kenntnisnahme mit anschliessender Neuurteilung nicht dasselbe ist, wie wenn der Beschuldigte den Strafbefehl von Anfang an zugestellt erhält und sein Einsprucherecht wahrnehmen kann.¹⁴⁸ Der rechtskräftige Strafbefehl kann eine präjudizierende Wirkung haben, namentlich für strassenverkehrs-, zivil- und migrationsrechtliche Verfahren.¹⁴⁹ Er schafft *faits accomplis*. Der Staat, der allenfalls bereits die Vollstreckung eingeleitet hat, hat einen Anreiz, das Urteil aufrecht zu erhalten, da ein Widerruf mit Kosten und Aufwand verbunden wäre. Die Möglichkeit einer einfacheren Neuurteilung darf nicht dazu führen, dass die Strafverfolgungsbehörden ihre Zustellungspflichten noch mehr vernachlässigen. Ein vergleichbarer Effekt wurde im kantonalen Vergleich bei Abwesenheitsverfahren festgestellt.¹⁵⁰

Ein Teil der Lehre spricht sich deshalb überzeugend dafür aus, die fiktive Zustellung im Strafbefehlsverfahren *komplett auszuschliessen*.¹⁵¹ Das würde der Regelung des Strafmandats im Militärstrafverfahren entsprechen (Art. 119 Abs. 2 lit. c und Art. 121 Abs. 1 MStP).¹⁵² Im Lichte der Mindestgarantien der EMRK ausreichend und kriminalpolitisch mehrheitsfähiger wäre eine restriktive Handhabung mit einer Einschränkung auf Bagatell- und Missbrauchsfälle sowie der Möglichkeit einer konventionsmässigen Neuurteilung. Mit Blick auf die EGMR-Entscheide zu Strafbefehlsverfahren, die nur Bussen und geringfügige Geldstrafen betrafen, könnte die Bagatellschwelle bei Strafbefehlen gezogen werden, die *Übertretungen* ohne Strafregistereintrag¹⁵³ betreffen. Die kantonalen Unterschiede¹⁵⁴ sowie die Regelungen in anderen Rechtsgebieten belegen, dass sich eine konventionsfreundlichere Praxis handhaben lässt.

VI. Verbesserungsvorschläge

Es empfiehlt sich mit absteigender Priorität folgendes Vorgehen zur Eröffnung des Strafbefehls:

1. Der *Königsweg* ist die persönliche Aushändigung des Strafbefehls durch die Staatsanwaltschaft. Bei dieser Gelegenheit können der Strafbefehl und die Rechtsmittel erläutert, Akteneinsicht gewährt und eine allfällige Einsprache entgegengenommen werden.¹⁵⁵
2. Wird der Strafbefehl *per Post* zugestellt, sollte dies mit der Zusatzdienstleistung «eigenhändig» erfolgen, um die Ersatzzustellung auszuschliessen.
3. Wird der Strafbefehl nicht abgeholt, sollte – analog zu Art. 366 Abs. 1 StPO im Abwesenheitsverfahren, der eine zweite Vorladung verlangt – nicht die Abholscheinfiktion, sondern zunächst eine *erneute Sendung* folgen.
4. Kann der Strafbefehl nicht per Post zugestellt werden, ist allenfalls eine persönliche Aushändigung durch die Polizei oder das Gemeindeammannamt denkbar.¹⁵⁶
5. Bei Wohnsitz im *Ausland* und fehlendem Schweizer Zustellungsdomizil kann der Strafbefehl bei entsprechendem Staatsvertrag direkt und sonst per Rechtshilfe zugestellt werden.
6. Bei *unbekanntem Aufenthalt* des Adressaten müssen gründliche Nachforschungen erfolgen, insbesondere auf dem Amts- oder Rechtshilfeweg.¹⁵⁷
7. Falls der Adressat nicht auffindbar oder die Zustellung unmöglich bzw. ausserordentlich umständlich ist, empfiehlt sich eine *Sistierung* (Art. 314 StPO)¹⁵⁸ und eine *Ausschreibung* zur Zustellung (Art. 210 StPO).¹⁵⁹ Denkbar wäre auch ein gerichtliches Verfahren.¹⁶⁰

Es verbleibt folgender Anwendungsbereich für die fiktive Zustellung, der sich mit der EMRK vereinbaren lässt:

1. Die *Abholscheinfiktion* und die *Ersatzzustellung* sind höchstens insoweit zuzulassen, als sich das aus Gesichtspunkten der Effizienz und der Verhältnismässigkeit rechtfertigen lässt. Dies ist nur der Fall, wenn sich deren Anwendung auf *Bagatellfälle* (Übertretungsstrafbefehle) beschränkt, wenn der Betroffene mit der Zustellung *rechnen* musste und die Zustellfiktion die *ultima ratio* darstellt.

ZStrR 3/2021 | S. 253–278 278 | ↑

2. Die *Annahmeverweigerungsfiktion* ist unter restriktiven Voraussetzungen zulässig.

3. Die *Publikations-* und die *Dossierfiktion* sind zu streichen. Auf die *Zustellung an die Staatsanwaltschaft* ist zu verzichten.

Falls die Zustellung fingiert wird, muss bei verpasster Einsprachefrist die Möglichkeit einer *konventionsmässigen Neubeurteilung* gewährleistet sein. Denkbar ist entweder eine Gesetzesänderung, eine konventionskonforme Auslegung von [Art. 94 StPO](#) oder eine analoge Anwendung von [Art. 368 StPO](#). Ein Verschulden ist nur restriktiv anzunehmen und auf klare Missbrauchsfälle zu beschränken. Der Staat trägt hierfür die Beweislast.

VII. Schlussbetrachtung

Im *empirischen* Teil wurde gezeigt, dass die persönliche Aushändigung des Strafbefehls durch die Strafverfolgungsbehörde eine Seltenheit darstellt. Im Gegenteil wird die Zustellung von Strafbefehlen – obwohl die Adressatinnen oft nicht mit einer Zustellung rechnen müssen und nicht selten Freiheitsstrafen ausgefällt werden – regelmässig fingiert. Die deutlich tiefere Einsprachequote zeigt, dass damit die tatsächliche Kenntnisnahme keineswegs gewährleistet ist.

Im *dogmatischen* Teil wurde dargelegt, dass die Rechtsprechung für In-absentia-Verfahren analog auf die fiktive Zustellung im Strafbefehlsverfahren Anwendung findet. Die Schweizer Regelung lässt sich mit der EMRK nicht vereinbaren: Ein gültiger Verzicht auf die Einsprache kann mangels tatsächlicher Kenntnisnahme weder gewährleistet noch bewiesen werden. Die Anforderungen an eine Neubeurteilung des Strafbefehls sind zu hoch – es wird der beschuldigten Person de facto die Beweislast auferlegt, dass sie sich nicht der Justiz entziehen wollte und die Frist aufgrund höherer Gewalt verpasst hat. Die Konsequenzen dieser Praxis stellen regelmässig eine eklatante Rechtsverweigerung dar und verletzen den Wesensgehalt des Rechts auf Zugang zu einem Gericht.

Abschliessend bestätigt sich der einleitende Befund. Die schweizerische Strafrechtspraxis will die Bagatell delinquenz um jeden Preis *durch Verurteilungen* in den Griff bekommen. Zustellungsfiktionen sind Ausdruck dieser Bestrebung. Frei nach dem Motto: Hauptsache, die Verurteilung ist raus und der Fall vom Tisch. Ob sie der Beschuldigte zur Kenntnis nimmt, wird später und unter sehr strengen Auflagen entschieden. Will die Schweiz ein konventionskonformes Strafbefehlsverfahren, so muss sie die fiktive Zustellung auf Übertretungsstrafbefehle und klare Missbrauchsfälle beschränken und die Voraussetzungen an eine nachträgliche Neubeurteilung der Rechtsprechung des EGMR zu In-absentia-Verfahren anpassen.

¹ Der vorliegende Beitrag geht zur Hauptsache zurück auf die Masterarbeit, die Jascha Mattmann bei Martino Mona, Universität Bern, eingereicht und abgeschlossen hat. Die empirischen Daten stammen aus dem Projekt «Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren», das vom Schweizerischen Nationalfonds grosszügig gefördert wurde (SNF-Projekt-Nr.: 173368). Zum

Manuskript haben die restlichen vier AutorInnen zu gleichen Teilen statistische Erhebungen und/oder redaktionelle Ausführungen beigetragen. Der Beitrag wurde am 13. Juli 2021 Online First publiziert (www.zstrr.recht.ch).

- 2 Vgl. § 153a StPO/DE (Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen) und §§ 198 ff. StPO/AT (Rücktritt von der Verfolgung/Diversion).
- 3 BGer [6B_848/2013](#) E. 1.4.; F. *Riklin*, in: M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Vor Art. 352–356 N 4.
- 4 Durchschnitt aus den Jahren 2014–2020, vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/tabellen.assetdetail.17244028.html> > (zuletzt besucht am 16. Juni 2021).
- 5 Dazu sogleich III.
- 6 Erläuternder Bericht zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion [14.3383](#), Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung, Dezember 2017, S. 19.
- 7 A. Duff/L. Farmer/S. Marshall/V. Tadros, Introduction: Judgment and Calling to Account, in: A. Duff et al. (eds.), *the Trial on Trial*, Volume two, Oxford 2006.
- 8 S. *Quattrocolo/S. Ruggeri*, Personal Participation in Criminal Proceedings, A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe, Cham 2019, 487.
- 9 A. Kuhn/M. Thommen, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, SNF-Projekt Nr. 173368 (abrufbar unter: <http://p3.snf.ch/Project-173368> >).
- 10 Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren (WOSTA, online: <https://perma.cc/77DF-BR2H>), Version 1.10.2020, Ziff. 14.1.2.: «Sinnvoll ist die Vorladung der beschuldigten Person zur Aushändigung des Strafbefehls. Dabei kann der Strafbefehl erläutert, Akteneinsicht gewährt und eine allfällige Einsprache entgegengenommen werden.»
- 11 BGer [2C_430/2009](#) E. 2.4.
- 12 Vgl. M. *Daphinoff*, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2012, 521.
- 13 Entweder durch den Postboten oder beim Postschalter.
- 14 Zum Ganzen D. *Chiabudini/A. Guisan*, Notification de l'ordonnance pénale: de la fiction à la réalité, in: G. Bovey/B. Chappuis/L. Hirsch (Hrsg.), *Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz*, Genf 2019, 337 ff.; *Daphinoff* (Fn. 12), 521.
- 15 *Daphinoff* (Fn. 12), 522.
- 16 A. *Macaluso/G. Toffel*, in: Y. Jeanneret/A. Kuhn/C. Perrier Depeursinge (Hrsg.), *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 85 N 19.
- 17 «Une telle décision peut en effet être notifiée en étant *simplement glissée dans le dossier*», S. *Grodecki/Y. Jeanneret/S. Pasquier*, *Débat – la notification fictive des ordonnances pénales viole la CEDH*, plaidoyer 6/2013, 6.
- 18 Diese Praxis dürfte mit BGer [1B_244/2020](#) (zur Publikation vorgesehen) nicht mehr zulässig sein, s.u. IV.4.e).
- 19 S.o. Fn. 10.
- 20 Bis auf die Differenz zwischen Zürich und Neuenburg sind alle Unterschiede hochsignifikant mit $p < .001$. die zahl in st. gallen erkl sich neben der abholscheinfiktion class="article-link article-link--underlined" href="https://www.fedlex.admin.ch/de/search?collection=classified_compilation&classifiedBy=312.0&article=85">Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO) mit der Praxis, Strafbefehle der Staatsanwaltschaft zuzustellen, s. dazu IV.4.e).
- 21 EGMR *Hennings v. Deutschland* (68/1991/320/392) § 26.
- 22 BGer [6B_674/2019](#) E. 1.4.3.
- 23 Vgl. BGer [6B_125/2011](#) E. 1.2.
- 24 BGer [6B_511/2010](#) E. 3; BGer [6B_934/2018](#) 2018 E. 2.2; *Chiabudini/Guisan* (Fn. 14), Rz. 29.
- 25 Vgl. [BGE 101 Ia 7](#) E. 2; *Chiabudini/Guisan* (Fn. 14), Rz. 31 m.w.H.
- 26 Gl.M. Ch. *Bernauer/Y. Hasani*, Die geplante Revision des Strafbefehlsverfahrens: Meilenstein oder Rohrkrepierer?, *Jusletter* 18. März 2019, 12, 15.
- 27 Z.B. BGer [6B_934/2018](#) E. 2.2.
- 28 BGer [6B_674/2019](#) E. 1.4.3.
- 29 BGer [6B_674/2019](#) E. 1.4.3.
- 30 Ch. *Denys*, Ordonnance pénale: questions choisies et jurisprudence récente, *SemJud* 2/2016, 130; CJ GE, ACPR/775/2018, 18.12.2018 E. 3.2; CJ GE, ACPR/825/2017, 30.11.2017 E. 3.3; CJ GE, ACPR/78/2014, 3.11.2014 E. 2.2.

- 31 BGer [6B_674/2019](#) E. 1.4.3.
- 32 So aber Th. Hansjakob, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, [FP 2014, 162](#); wie hier: Erläuternder Bericht (Fn. 6), 44 f.; vgl. auch F. Riklin, Urteileröffnung beim Strafbefehl, in: P. Zen-Ruffinen (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, Basel 2006, 123.
- 33 J. Meyer-Ladewig/S. Harrendorf/S. König, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, Art. 6 N 56.
- 34 EGMR *Maaß v. Deutschland* (71598/01).
- 35 EGMR *Zavodnik v. Slowenien* (53723/31) § 71 m.w.H.
- 36 EGMR *Karakutsya v. Ukraine* (18986/06) § 53.
- 37 BGer [6B_674/2019](#) E. 1.4.2.
- 38 EGMR *Hennings v. Deutschland* (68/1991/320/392) § 26; EGMR *Maaß v. Deutschland* (71598/01); P. Leanza/O. Pridal, The right to a fair trial, Article 6 of the European Convention on Human Rights, *Alphen aan den Rijn* 2014, 170.
- 39 *Hennings*: 25 Tagessätze à 40 DM; *Maaß*: 30 Tagessätze à 50 DM; vgl. M. Thommen, Kurzer Prozess – fairer Prozess?, Bern 2013, 137. Die Untersuchungen im SNF-Projekt haben gezeigt, dass in den untersuchten Kantonen bei fiktiver Zustellung signifikant ($p < .01$) Freiheitsstrafen ausgef. wurden als bei tats. Zustellung.>
- 40 Empfehlung des Europarats Rec. Nr. R (87) 18, Concerning the Simplification of Criminal Justice, II.c.3: «*The sanctions available by way of the penal order procedure should be limited to pecuniary sanctions and forfeiture of rights, to the exclusion of any prison sentence.*»
- 41 F. Riklin, Strafbefehlsverfahren: Effizienz auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit?, [ZBJV 2016, 493](#); Thommen (Fn. 39), 137.
- 42 EGMR *Hennings v. Deutschland* (68/1991/320/392) § 26; EGMR *Salina v. Deutschland* (22543/93); K. Gaede, Fairness als Teilhabe – das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss [Art. 6 EMRK](#), Berlin 2007, 215.
- 43 *Quattrocolo/Ruggeri* (Fn. 8), 591.
- 44 EGMR *Maaß v. Deutschland* (71598/01).
- 45 Vgl. Tribunal Cantonal Neuchâtel, ARMP.2012.40 E. 3; Thommen (Fn. 39), 102; *Quattrocolo/Ruggeri* (Fn. 8), 591.
- 46 BGer [6B_19/2019](#) E. 1.3.2; Riklin (Fn. 41), 476.
- 47 Th. Maurer, in: M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 366 N 16.
- 48 S. Summers, in: A. Donatsch/V. Lieber/S. Summers/W. Wohlers (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 366 N 23.
- 49 In der SNF-Studie wurden nur 8 % der Beschuldigten vor Erlass des Strafbefehls von einer Staatsanwältin einvernommen.
- 50 M. Thommen, Unerhörte Strafbefehle, [ZStrR 2012, 382](#).
- 51 Vgl. Tribunal Cantonal Neuchâtel, ARMP.2012.40 E. 3.
- 52 EGMR *T. v. Italien* (14104/88) § 28; Ch. Paul, Das Abwesenheitsverfahren als rechtsstaatliches Problem, rechtsvergleichende Untersuchung deutscher, englischer, französischer, niederländischer und österreichischer Regelungen angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Frankfurt a.M. 2007, 243.
- 53 EGMR *Colozza v. Italien* (9024/80) § 28; EGMR *T. v. Italien* (14104/88) § 28.; vgl. Paul (Fn. 52), 240, 244.
- 54 EGMR *Colozza v. Italien* (9024/80) § 28.
- 55 Paul (Fn. 52), 246.
- 56 EGMR *Panovits v. Zypern* (4268/04) § 68; BGer [6B_152/2013](#) E. 4.4.
- 57 G. Gilliéron, Comparing Plea Bargaining and Abbreviated Trial Procedures, in: D.K. Brown/J.I. Turner/B. Weisser (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford 2019, 717.
- 58 S. Bartels, Die Auslieferung zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils in Europa, Hamburg 2014, 33.
- 59 EGMR *Dilipak u. Karakaya v. Türkei* (7942/05 u. 24838/05) § 87; M. Lagler, Besondere Verfahrensarten: Überlastung der Strafjustiz oder Ausdruck erhöhter Punitivität?, Zürich 2016, 67.
- 60 Paul (Fn. 52), 238; EGMR *Colozza v. Italien* (9024/80) § 28.
- 61 EGMR *Sejdovic v. Italien* (56581/00) § 39.
- 62 Bartels (Fn. 58), 34; EGMR *Colozza v. Italien* (9024/80) §§ 28 u. 30.

- 63 EGMR *Pititto v. Italien* (19321/03) § 68; *Bartels* (Fn. 58), 38.
- 64 EGMR *Colozza v. Italien* (9024/80) § 29.
- 65 EGMR *Sejdovic v. Italien* (56581/00) § 39.
- 66 EGMR *Maaß v. Deutschland* (71598/01).
- 67 EGMR *Dilipak u. Karakaya v. Türkei* (7942/05 u. 24838/05) § 88; EGMR *Brozicek v. Italien* (10964/84) § 33.
- 68 *Bartels* (Fn. 58), 41.
- 69 EGMR *Sejdovic v. Italien* (56581/00) § 47.
- 70 EGMR *Colozza v. Italien* (9024/80) § 30; EGMR *Hermi v. Italien* (18114/02) § 75.
- 71 EGMR *Colozza v. Italien* (9024/80) § 32; vgl. *mutatis mutandis* EGMR *De Cubber v. Belgien* (9186/80) § 30.
- 72 *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König* (Fn. 33), Art. 6 N 87.
- 73 EGMR *Johansen v. Deutschland* (17914/10) § 44.
- 74 Vgl. BBI 2019 6718; *Riklin* (Fn. 3), Vor Art. 352–356 N 1.
- 75 *Summers* (Fn. 48), Art. 366 N 3.
- 76 Vgl. *Maurer* (Fn. 47), Vor Art. 366 N 2.
- 77 *Thommen* (Fn. 39), 256.
- 78 *Daphinoff* (Fn. 12), 429 ff.; *Riklin* (Fn. 32), 122 f.; *L. Staffler*, Das Recht auf Sprachunterstützung im Strafverfahren nach [Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK](#), [ZStrR 2020, 34](#).
- 79 EGMR *Colozza v. Italien* (9024/80) § 28.
- 80 [BGE 140 IV 82](#) E. 2.3.
- 81 Zur Thematik kritisch und im Detail *D. Hutzler*, Ausgleich struktureller Garantiedefizite im Strafbefehlsverfahren, Baden-Baden/Zürich 2010, Rz. 444 ff.
- 82 [BGE 124 IV 234](#) E. 3c.
- 83 *Thommen* (Fn. 39), 137.
- 84 Die Einsprachequote beträgt im Falle fiktiver Zustellung 2,4 %, bei tatsächlicher Zustellung 12,1 %; s. oben III.4.c).
- 85 S.u. IV.4.c).
- 86 Wohl gl.M. *Hutzler* (Fn. 81), Rz. 467.
- 87 BGer [1B_244/2020](#) E. 3.1 (zur Publikation vorgesehen).
- 88 EGMR *Sejdovic v. Italien* (56581/00) § 82 m.w.H.
- 89 BGer [6B_1155/2014](#) E. 2.
- 90 [BGE 142 IV 201](#) E.2.4.
- 91 *M. Thommen/D. Eschle/S. Kuratle/S. Walser/F. Zimmermann*, Übersetzung von Strafbefehlen – «Wo chiemte mer hi?», *sui generis* 2020, 459.
- 92 So die h.L.: *Chiabudini/Guisan* (Fn. 14), Rz. 46; *Riklin* (Fn. 3), Art. 354, N 1; vgl. BGer [6B_125/2011](#) E. 1.
- 93 Vgl. *Maurer* (Fn. 47), Art. 368 N 19.
- 94 *Ch. Riedo*, in: M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 94 N 35 u. 37.
- 95 *Chiabudini/Guisan* (Fn. 14), Rz. 51.
- 96 S.u. IV.4.b).
- 97 Vgl. EGMR *Colozza v. Italien* (9024/80) § 32; EGMR *Czekalla v. Portugal* (38830/97) § 65.
- 98 EGMR *Colozza v. Italien* (9024/80) § 30.
- 99 Vgl. *Maurer* (Fn. 47), Art. 368 N 19.
- 100 *Maurer* (Fn. 47), Art. 368 N 15.
- 101 BBI 2006 1302.

- 02 BBI 2006 1301.
- 103 *Summers* (Fn. 48), Art. 368 N 9.
- 04 MKGE 12 Nr. 31.
- 05 BBI 2006 1299, 1302.
- 06 *Paul* (Fn. 52), 243.
- 07 EGMR *F.C.B. v. Italien* (12151/86) § 17.
- 08 EGMR *Dilipak und Karakaya v. Türkei* (7942/05 u. 24838/05) § 99.
- 09 EGMR *Hennings v. Deutschland* (68/1991/320/392) § 6 ff.: Herr Hennings geriet mit einer Bahnticketkontrolleurin in einen Streit, in dessen Verlauf er sie an der Schulter packte und versuchte, ihr seinen Bahnangestelltenausweis aus den Händen zu reißen. Er wurde per Strafbefehl zu 25 Tagessätzen Geldstrafe à 40 DM verurteilt.
- 110 EGMR *Hennings v. Deutschland* (68/1991/320/392) § 14 ff.
- 111 https://www.post.ch/-/media/portal-opp/pm/dokumente/briefe-gerichtsurkunde-broschuere.pdf?vs=1&sc_lang=de&hash=32EC5133A0BF33DE7334B3A2AFB51B75 > (zuletzt besucht am 10. Juni 2021).
- 112 S.o. IV.1.b).
- 113 BGer 6B_674/2019 E. 1.4.2.
- 114 *Thommen/Eschle/Kuratle/Walser/Zimmermann* (Fn. 91), 457 f.
- 115 *V. Lieber*, in: A. Donatsch/V. Lieber/S. Summers/W. Wohlers (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 113 N 19a.
- 116 *M. Thommen*, Darf der Beschuldigte im Strafverfahren lügen?, *sui-generis* 2018, 316 ff.
- 117 *Daphinoff* (Fn. 12), 531.
- 118 *S. Arquint*, in: M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 85 N 13.
- 119 BGer 6B_70/2018 E. 1.3.3.
- 20 *Thommen* (Fn. 39), 101.
- 121 *C. Faller/R. Aude*, Le règlement d'une affaire par la voie de l'ordonnance pénale, *Jusletter* 13. Februar 2012, Rz. 35; *Grodecki/Jeanerret/Pasquier* (Fn. 17), 7 [Meinung von *Jeanerret*].
- 122 Tribunal Cantonal Neuchâtel, ARMP.2012.40.
- 123 BGer 6B_738/2011 E. 3.1 u. 3.4.
- 24 Z.B. BGer 6B_125/2011 E. 1 ff.
- 125 BGer 1B_244/2020 E. 2.1 u. 3.4 (zur Publikation vorgesehen).
- 26 BBI 2019 6718.
- 27 EGMR *Zavodnik v. Slowenien* (53723/13) § 80.
- 28 EGMR *Weber v. Deutschland* (30203/03) § 1.
- 29 Gl.M. *Daphinoff* (Fn. 12), 544.
- 130 BGer 1B_244/2020 E. 3.4–3.5 (zur Publikation vorgesehen).
- 131 Kantonsgericht St. Gallen, AK.2014.261 E. 3.7.
- 132 BGer 1B_244/2020 E. 3.4 (zur Publikation vorgesehen).
- 133 Kantonsgericht St. Gallen, AK.2014.261 E. 3.2.
- 134 So in BGer 1B_244/2020 Sachverhalt B (zur Publikation vorgesehen).
- 135 Ebenso BGer 1B_244/2020 E. 2.1 (zur Publikation vorgesehen).
- 136 So aber Kantonsgericht St. Gallen, AK.2014.261 E. 3.3.
- 137 Kantonsgericht St. Gallen, AK.2014.261 E. 3.3.
- 138 BGer 1B_244/2020 E. 3.4 (zur Publikation vorgesehen); vgl. auch schon BGE 126 I 36 E. 2b zum Abwesenheitsverfahren.
- 139 *N. Schmid/D. Jositsch*, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, Art. 87 N 4.

- 40 So ausdrücklich BGer [1B_244/2020](#) E. 3.5 in fine (zur Publikation vorgesehen); ebenso *C. Schwarzenegger*, in: A. Donatsch/V. Lieber/S. Summers/W. Wohlers (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 354 N 7.
- 141 Vgl. BGer [6S.506/2001](#) E. 1.
- 42 *S. Trechsel/S. Summers*, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford 2009, 253.
- 143 S. hierzu *A. Agostino-Passerini/N. Ruckstuhl*, *Strafvollzug ohne rechtskräftiges Urteil – ein Unding im Rechtsstaat*, FP 2021, 296. Die luziden Anmerkungen der Erstautorin zum vorliegenden Manuskript seien an dieser Stelle herzlich verdankt.
- 44 *S. Christen*, *Anwesenheitsrecht im schweizerischen Strafprozessrecht mit einem Exkurs zur Vorladung*, Zürich 2010, 100; *Riklin* (Fn. 41), 487. Nach den Erfahrungen aus dem SNF-Projekt wird dies im Kanton Zürich teilweise bereits heute so praktiziert.
- 45 Art. 412 Abs. 6 VE-StPO.
- 46 S.o. IV.1.b).
- 47 Vgl. EGMR *Colozza v. Italien* (Nr. 9024/80) § 32; EGMR *Czekalla v. Portugal* (38830/97) § 65.
- 48 *S. Ruggeri*, *Inaudito reo proceedings, defence rights, and harmonisation goals in the EU*, *eu crim* 2016, 48 ff.
- 49 Vgl. *Daphinoff* (Fn. 12), 41 ff.
- 50 *F. Riklin*, *Die Regelung des Abwesenheitsverfahrens in der Schweiz aus der Sicht der EMRK*, in: *Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg* (Hrsg.), *Festgabe gewidmet dem Schweizerischen Juristenverein*, Freiburg 1993, 331 ff.
- 151 *Y. Jeanneret*, *Les procédures spéciales dans le Code de procédure pénale suisse*, in: R. Pfister-Liechti (Hrsg.): *La procédure pénale fédérale*, Bern 2010, 152; *Hutzler* (Fn. 81), Rz. 268.
- 152 MKGE 10 Nr. 24 E. 5.
- 153 Also Bussen bis zu CHF 5000, vgl. [Art. 366 Abs. 2 lit. b StGB](#) und Art. 3 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 VOSTRA-Verordnung *e contrario*.
- 54 S.o. III.4.a).
- 155 WOSTA (Fn. 10), S. 274.
- 56 WOSTA (Fn. 10), S. 73.
- 57 BGer [1B_244/2020](#) E. 2.1 u. 3.4 (zur Publikation vorgesehen).
- 58 *Riklin* (Fn. 41), 487.
- 59 *Christen* (Fn. 144), 100.
- 60 *Bernauer/Hasani* (Fn. 26), 16.